

SOBRE EL HOLOCAUSTO: EL *IMPERATIVO DE LA MEMORIA* EN EL ÁMBITO DEL DERECHO Y DE LA HISTORIA¹

Oscar Pérez de la Fuente

Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

Universidad Carlos III de Madrid

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

RESUMEN:

Este artículo explora las consecuencias del *imperativo de la memoria* que propuso Adorno. Este se podría resumir como la obligación moral de que “nunca más” se repita un horror como Auschwitz. Algunos países establecen un delito para los negacionistas o revisionistas, aquellos que reescriben la historia para eliminar o minimizar la memoria del Holocausto. Existen argumentos a favor y en contra de este delito como el respeto a las víctimas, el significado cultural particular de una tragedia europea o las intenciones del negacionista. El caso Irving v. Lipstadt es relevante para considerar cómo funciona el *imperativo de la memoria* en la Historia. A pesar de las perspectivas postmodernas, podemos defender que existe una noción de verdad histórica, unos requerimientos metodológicos para la comunidad científica y una ética y responsabilidad en la investigación. Entonces, la estrategia contra los negacionistas y revisionistas es, primero, no considerarlos seriamente, y, segundo, denunciarlos.

Palabras clave: Holocausto. Historia. Memoria. Libertad de expresión. Revisionismo. Negacionismo.

ABSTRACT:

This article explores the consequences for the *memory's imperative* proposed by Adorno. It could be summarize as a moral obligation for “never more” repeating a horror as Auschwitz. Some countries establish a crime for negationist o revisionist, those who

¹ Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007. Y en el marco del proyecto de investigación “Historia de los Derechos Fundamentales”, S.XX. Cuya referencia es DER2008-03941.

rewrite the history for eliminating or minimizing the memory of the Holocaust. There are arguments for and against this crime as the respect for the victims, the particular cultural meaning of a European tragedy or the intentions of the negationist. The case Irving v. Lipstadt is relevant for considering the *memory's imperative* in History. Although postmodern perspectives, we can defend there is a notion of historical truth, methodological requirements for the scientific community and ethics and responsibility in investigation. Then, the strategy against the negationists and the revisionists is, first, not consider them seriously and, second, denounce them.

Keywords: Holocaust. History. Memory. Free speech. Revisionism. Negationism.

Sobre el Holocausto: el imperativo de la memoria en el ámbito del Derecho y de la Historia

Sumario: I. El Holocausto como antítesis de la *ética de la alteridad*. Las bases del *imperativo de la memoria*. II. La negación del genocidio como delito. 1. Hechos y valores, negar y justificar. Análisis de la STC 235/2007 que despenaliza la mera negación del genocidio. 2. Sobre el *imperativo de la memoria* en el Derecho. III. El caso *Irving v. Lipstadt*. Sobre el *imperativo de la memoria* en la Historia. IV. A modo de conclusión

I. EL HOLOCAUSTO COMO ANTÍTESIS DE LA ÉTICA DE LA ALTERIDAD. LAS BASES DEL IMPERATIVO DE LA MEMORIA

En las tragedias clásicas, los personajes luchaban denodadamente contra un destino que estaba previamente escrito. Los ideales de la Ilustración han inspirado los caminos de emancipación de la Humanidad y uno de ellos era la noción de progreso, que suponía concebir la Historia como un proyecto ascendente de autorrealización para los individuos. Otra idea, que la Ilustración retomó de la Antigüedad clásica, era la distinción entre civilización y barbarie, donde desde el giro etnocéntrico que tuvo en sus inicios, los bárbaros son los *otros*. La tragedia del Holocausto judío, llevado a cabo por los nazis en una de las sociedades más ilustradas que se conocen, es que, o bien se admite la barbarie *de* la civilización, o bien se formula algo así como que el destino trágico del progreso ilustrado tiene algo que ver con Auschwitz. Dicho en otras palabras, se ponen en cuestión las comprensiones comunes de la civilización y el progreso. Como afirma Hannah Arendt, la terrible originalidad del totalitarismo no se debe a que alguna “idea nueva” haya entrado en el mundo, sino al hecho de que sus acciones rompen con todas nuestras tradiciones; han pulverizado literalmente nuestras categorías de pensamiento político y nuestros criterios de juicio moral.²

El Holocausto comportó un deliberado ejercicio de exterminio masivo de millones de seres humanos por el único motivo de haber nacido judíos, entre otras minorías, creando una tecnología de la destrucción, como las cámaras de gas, y una ideología del odio que los situaba en la categoría de los no-humanos. Es una forma extrema y consciente de alterofobia que pone en cuestión los cimientos de la moralidad o la misma noción de derechos. En la respuesta a la pregunta clave de “¿por qué?”, algunos han querido ver como se trata de una tragedia de la Ilustración que la inhabilita para seguir hablando de progreso, para seguir dando respuestas. Frente a estas visiones, cabe plantear que lo que caracteriza a las tragedias es el determinismo de la conducta de los personajes que les lleva inexorablemente a su destino. Pero se puede sostener que la libertad tiene su camino y es la lucha del “*nunca más*”. Lo que se podría aprender del Holocausto no es una enmienda global a la modernidad, sino más bien una defensa cotidiana de los valores morales y de los derechos de los individuos, bajo un prisma de legitimidad que tiene que ver con la alteridad.

2 ARENDT (1995, 31-32)

El Holocausto comportaba una visión del Otro como no humano –*unmenschen*–, es la negación radical de la dignidad humana, que se transformaba en el exterminio masivo de los que compartían esa supuesta condición. Un aprendizaje moral que podría darse después de Auschwitz es situar el momento ético más relevante en el tratamiento del Otro, en lo que se ha denominado *ética de la alteridad* –Aranguren, Levinas–. La legitimidad de una identidad, desde este punto de vista, se trasladaría a las condiciones de inclusión de su alteridad, como parte recíproca e igual de la Humanidad. Lo que se desarrollaría en una serie de prácticas y disposiciones morales, que se conocen como virtud, que consisten en situarse en el lugar del otro³. Esto supone situar este aprendizaje de la diferencia en razones morales como base de la reciprocidad social. Esto puede parecer un programa de máximos, sin embargo, pone de relieve que, desde la visión del Holocausto, resulta clave el reconocimiento de la igual dignidad y la identidad diferenciada de todos los seres humanos. Lo que se podría significar es el paso del acento en las políticas de la identidad a las políticas de la alteridad.

Precisamente porque se quería exterminar la alteridad, por el mero hecho de su diferencia, el momento ético, después del Holocausto, debería basarse en la inclusión de la visión del Otro. Los límites obvios son la violencia y la intolerancia que rompen la idea de reciprocidad. Es la *paradoja de la tolerancia* de la que habló Popper ya que la tolerancia de los intolerantes fomenta la intolerancia como mostró el ascenso del Hitler. Un elemento central de la cuestión del Holocausto es la relevancia de la memoria. Ante la atrocidad de lo acontecido, cabe la tentación del olvido. En una especie de disonancia cognitiva que busque, con el paso del tiempo, minimizar o silenciar el pasado. Frente a este peligro, Melich afirma que “sin memoria, no hay presente, ni futuro *justo*.”⁴ Algunos sostienen que el Holocausto es algo inconmensurable, singular, incomparable por su deliberada conexión con las más execrables formas de deshumanización, ya que repudia calificar de humano al verdugo de inhumanizar de tal forma a sus víctimas. Lo cual, además de otras consecuencias, comportaría un *imperativo de la memoria*. Adorno planteó la necesidad de un nuevo imperativo categórico, “el imperativo de la memoria” que solemos formular así: “recordar para que la barbarie no se repita”, pero que la formulación adorniana es infinitamente más precisa: “reorientar el pensamiento y la acción para que Auschwitz no se repita.”⁵

La memoria del Holocausto debe formar parte de la cultura cívica de una sociedad democrática. Los programas educativos deberían incluir esta cuestión. Los defensores de la cultura de los derechos humanos deberían aludir al Holocausto como un exponente máximo de lo contrario a los postulados que defienden. La actualidad del mensaje de Auschwitz se pondría de relieve en las formas de racismo, antisemitismo, xenofobia, homofobia e intolerancia al diferente que perduran en diverso grado. Sin embargo, el más pernicioso ataque al *imperativo de la memoria* se produce entre aquellos que niegan que se produjera un genocidio. Esta es la última fase del genocidio –la negación–, que ya iniciaron los mismos nazis, en palabras de Vidal-Naquet, “lo esencial no está ahí.

3 He desarrollado esta idea como virtud cosmopolita en PEREZ DE LA FUENTE (2006)

4 MELICH (2000,92)

5 MATE (2006, 48)

Lo esencial es la negación del crimen dentro del crimen mismo.”⁶ Como afirma Reyes Mate, Auschwitz no remite sólo a la liquidación física de seis millones de judíos, sino que también señala un proyecto de silenciamiento y destrucción de todo rastro del crimen. Era el mayor desafío a la memoria.⁷

Cabe plantearse por qué el programa de exterminación procedió de forma extra legal. Según Rundle, una forma de contestar esta cuestión es invocar la idea de Fuller de la moralidad interna del Derecho. Esto es, sugerir que las demandas internas que implican la legalidad ponen obstáculos a la deseada administración de la política de exterminación. Por ejemplo, la importancia constitutiva de la posibilidad del sistema jurídico funcionando con determinados requerimientos, como que las leyes sean públicamente disponibles a aquellos afectados por ellas, convierte en imposible la perspectiva de llevar a cabo esa política secretamente a través del Derecho. La incompatibilidad de la legalidad con los deseos de los nazis de proceder con el programa de exterminación en secreto demuestra, por si misma, una fatal incompatibilidad con los necesarios requerimientos de la legalidad.⁸

En las siguientes líneas se va a abordar la cuestión de cómo se articula el *imperativo de la memoria* en el ámbito del Derecho y de la Historia. Se trata de dilucidar cuáles son los mecanismos más adecuados para tratar con aquellos que buscan reescribir, o inventar, la memoria en la forma de lo que se conoce como negacionismo o revisionismo. En palabras de Paul Ricoeur, “sólo la voluntad de no olvidar, puede hacer que estos crímenes no vuelvan nunca más.”⁹

II. LA NEGACIÓN DEL GENOCIDIO COMO DELITO

El Derecho es un sistema normativo, que busca orientar la conducta de los individuos, que se caracteriza por la institucionalización y la coactividad. El Derecho Penal debe intervenir cuando se vulneran los bienes jurídicos que protege, siguiendo algunos principios conforme al Estado Social y Democrático de Derecho, como el de taxatividad, irretroactividad o *ultima ratio*. La cuestión que se plantea es cuáles son los límites del Derecho para perseguir manifestaciones que supongan la negación del Holocausto. En otras palabras, si el *imperativo de la memoria* que es filosófico, cívico, moral y pedagógico comporta, también, la idoneidad de un delito para aquellos que buscan reescribir la Historia. Esta cuestión no está exenta de polémica y, en última instancia, tiene que ver con la concepción del Derecho que se maneje y los fines legítimos de la intervención penal. Es destacable que los delitos de negación del holocausto surgieron en un contexto determinado, como los países del ámbito germánico, y por unas causas políticas concretas, que tenían que ver con la particular historia reciente de esos países.

6 VIDAL-NAQUET (1991, 416)

7 MATE (2003, 5)

8 RUNDLE(2009,122)

9 RICOEUR (1996,912)

En el actual Código Penal alemán se contempla el art. 130 titulado de *Incitación a la Población* donde en el párrafo 3 se establece: “será castigado con pena privativa de libertad hasta de 5 años o con multa al que públicamente o en una reunión apruebe, niegue o banalice una acción de las de la clase de las señaladas en el parágrafo 220 párrafo 1¹⁰, cometida bajo el régimen nacionalsocialista, de una forma adecuada para perturbar la paz pública”.¹¹ La doctrina resalta las características de exposición pública y que sea capaz de que perturbe la paz pública. Existen quienes consideran que el bien jurídico es la dignidad humana, la mayoría considera que es la paz pública y otros que lo que se pretende evitar es el “envenenamiento del clima político.”¹² También es de destacar la cláusula de adecuación social de párrafo 5 del art. 130 que excluye de la aplicación del art 130 las manifestaciones realizadas en el contexto del mundo del arte, de la ciencia, de la investigación o la enseñanza, de la información de acontecimientos de actualidad o históricos o con fines similares.¹³ También existe un delito de negación del holocausto o similar en Austria¹⁴, Francia¹⁵, Suiza¹⁶ e Italia.¹⁷

10 En el parágrafo 220 párrafo 1 se establece el delito de genocidio.

11 LANDA GOROSTIZA (1999, 131)

12 LANDA GOROSTIZA (1999, 146)

13 La Cláusula de adecuación social, del párrafo 5 del parágrafo 130, alude al supuesto de conductas dirigidas a la instrucción ciudadana, a la defensa frente a aspiraciones anticonstitucionales, o realizadas en el contexto del mundo del arte, de la ciencia, de la investigación o la enseñanza, de la información de acontecimientos de actualidad o históricos o con fines similares, los correspondientes comportamientos de incitación a la población no podrá integrar el tipo del parágrafo 130 LANDA GOROSTIZA (1999, 143-147)

14 Según el 3h “Será también castigado de conformidad con el 3 g el que niegue, banalice gravemente, ensalce o intente justificar el genocidio nacionalsocialista u otros de los crímenes nazis contra la humanidad a través de un medio impreso, de la radio o en otro medio o públicamente de forma que sea accesible a un gran número de personas”.LANDA GOROSTIZA (1999, 154)

15 Ley 90-615 de 13 de julio 1990, en el art. 24 bis establece: “Será castigado con las penas previstas en el apartado sexto del artículo 24 aquel que negare, a través de uno de los medios enunciados en el artículo 23, la existencia de uno o varios crímenes contra la humanidad tal y como son definidos por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y que hayan sido cometidos por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 de dicho Estatuto, bien por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional”

16 “El que públicamente mediante palabra, escrito, imagen, gestos, vías de hecho o de otra manera, denigra o discrimina de forma atentatoria contra la dignidad humana, a una persona o a un grupo de personas por razón de su raza, etnia o religión, o por alguna de estas razones niega, banaliza gravemente (*gröblich*) o intente justificar el genocidio u otros crímenes contra la humanidad” LANDA GOROSTIZA (1999, 169)

17 El decreto ley 1993 en relación con la Ley 20 junio 1952 establece que “Se aplicará la misma pena que en el inciso primero al que públicamente exalte exponentes, principios, hechos o métodos del fascismo o bien su finalidad antidemocrática. Si el hecho atañe a ideas o métodos racistas la pena será de reclusión de uno a tres años y multa de uno a dos millones LANDA GOROSTIZA (1999, 179)

El art 607.2 del Código Penal español de 1995 consideraba punible: “la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo (actos cometidos con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso) o pretendan rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos se castigarán con la pena de prisión de uno a dos años.”

La primera cuestión es que el delito se refiere a todo tipo de genocidio, no exclusivamente al Holocausto en la época nazi, a diferencia de la legislación francesa o alemana sobre el tema. Lo cual plantea la cuestión de la vaguedad de la noción de genocidio y deja en manos de los jueces su interpretación. Parece que no es función de los jueces discutir o establecer verdades históricas. Otra cuestión relacionada es que el argumento de la inconmensurabilidad y singularidad del Holocausto supone una relativización en su posible comparación a nivel legal con otros genocidios¹⁸.

La segunda cuestión es que la doctrina penal es crítica con este precepto. La interpretación literal se consideraría inconstitucional, Vives Antón y Carbonell Mateu consideran que debe interpretarse como una provocación sólo para los casos en que sea una incitación directa a cometer un delito (art 18.1CP).¹⁹ En el mismo sentido se expresa, Muñoz Conde.²⁰ Desde una perspectiva similar, Gonzalez Rus afirma que “tal y como aparece formulado, el precepto, aún animado de buenas intenciones, resulta a mi juicio inadmisibile, por incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión, porque vendría a castigar (con pena de prisión de uno a dos años) la simple expresión de ideas o doctrinas en circunstancias que no constituyan un incitación directa a la comisión del delito de genocidio.”²¹ La doctrina penal es contraria a los *delitos de opinión* ya que como expresa, Tamarit Sumalla, “lo que se castiga es la mera difusión de ideas y doctrinas, lo cual no es sino la criminalización de una ideología, lo cual, por muy nefasta que la misma resulte, no constituye una actitud propia de un Estado democrático.”²² En el mismo sentido, Landa Gorostiza afirma que se debe abogar de *lege ferenda* por su descriminalización ya que los delitos de peligro abstracto que consisten, como es el caso, en violaciones de la ética social suponen una irregularidad que no puede ser corregida por vía dogmática sino en sentido político criminal. Para este autor, si no prospera la derogación, una interpretación correctora sería que, además de la justificación o negación de hechos históricos, que éstos puedan demostrarse, según el contexto y el grupo potencialmente afectado, como idóneos para conmover el sentido de seguridad existencial del colectivo.²³

El Tribunal Constitucional español tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 607.2 CP, resolviendo la cuestión de constitucionalidad de

18 Cuestión que se tratará más adelante en este artículo.

19 VIVES ANTON, CARBONELL MATEU (2004,1071)

20 MUÑOZ CONDE(2004,764)

21 GONZALEZ RUS (2004,1182)

22 TAMARIT SUMALLA (2007,2177)

23 LANDA GOROSTIZA (2002,16)

la Audiencia Provincial de Barcelona con ocasión del juicio de la librería Europa donde se distribuía material racista, antisemita y en el que se negaba el Holocausto.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia STC 235/2007 declaró inconstitucional el inciso “nieguen o” y declaró constitucional el inciso “justifiquen” del mencionado precepto. Se podría sintetizar la argumentación del Tribunal en los siguientes puntos: a) El contenido esencial del derecho a la libertad de expresión no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución. FJ6 b) La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aun la incitación, siquiera indirecta a cometer genocidio. FJ6 c) El precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. FJ 7 d) La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane.²⁴ FJ 8 e) Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordarían los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal.²⁵ FJ8 f) Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio²⁶ FJ9 e) Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial transcendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su interpretación. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con

24 Continúa afirmando el Tribunal Constitucional “Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente como sugiere el Misterio Fiscal, puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad hacia aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea *per se* capaz de conseguirlo.

25 Continúa afirmando el Tribunal Constitucional “En consecuencia, la referida conducta permanece en un estado previo al que justifica la intervención del derecho penal cuando no constituye siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión.”

26 Continúa afirmando el Tribunal Constitucional “La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de este delito, siempre que esta justificación opere como incitación indirecta a su comisión”

la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos por su referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. FJ 9

Esta Sentencia resulta coherente con la propia doctrina del Tribunal Constitucional en el caso *Violeta Freedman* donde se condenó a Leon Degrelle por sus manifestaciones por su contenido racista y antisemita como forma de lenguaje del odio, pero no por el hecho que pusiera en cuestión hechos históricos. En este sentido, el Tribunal afirmaba que “las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto de los judíos y a los campos de concentración, por reprobables y tergiversadas que sean y, en realidad lo son al negar la evidencia de la historia, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art 20.1 CE) en relación con la libertad ideológica (art 16 CE), pues con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo puede entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”²⁷

1. Hechos y valores, negar y justificar. Análisis de la STC 235/2007 que despenaliza la mera negación del genocidio

La argumentación del Tribunal Constitucional se basa en la distinción entre la negación de hechos históricos y la justificación del genocidio, que implicaría un juicio de valor. A este respecto, Joseph la considera “ilógica e irracional. Parece probable que la declaración “ningún judío fue gaseado in Auschwitz” sería perfectamente aceptable siguiendo la decisión del Tribunal. No obstante, si uno declara que “el gaseado de los judíos en Auschwitz era aceptable por X o Y”, entonces esto supone un año de cárcel.”²⁸ La distinción entre hechos y valores tiene un importante papel en la Ciencias Sociales y también en referencia a la libertad de expresión. Pero como señala Salvador Coderch y Rubi Puig, “a primera vista, esta doctrina es paradójica porque en la tradición de la libertad de expresión –de John Milton, a Stuart Mill y de Oliver W. Holmes a Alexander Meiklejohn-, la expresión de opiniones ha estado siempre más protegida que la de hechos: juicios de valor suelen ser libres, pero las mentiras carecen de valor constitucional.”²⁹

La mera negación de un genocidio, de cualquier genocidio, no supone necesariamente la adhesión moral a ese genocidio, ni tampoco un proselitismo racista. Si se afirma que “los ingleses no cometieron un genocidio con los nativo-americanos”, en esta frase no se está valorando positivamente ese genocidio, ni tampoco se incita al genocidio. Lo que el Tribunal ha querido trazar es la diferencia entre la mera negación y, por otro lado, la

27 STC 214/1991 de 11 de noviembre FJ 8.

28 JOSEPHS(2008,16)

29 La afirmación falsa de la existencia o inexistencia de hechos no añade valor, no es necesariamente ilícita, pero, en ocasiones, puede ser peligrosa o actualmente dañina. SALVADOR CODERCH, RUBI PUIG (2009, 40)

negación y el insulto, la injuria o el desprecio.³⁰ Como afirma el propio Tribunal, “hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista” (STC 214/1991 FJ 8) STC 235/2007 FJ 5.

El punto clave, en la Sentencia, es que ese elemento tendencial (incitación al odio, a la violencia o a la discriminación) que puede darse con la negación del genocidio y no tendría cobertura constitucional, no se sigue de la interpretación literal del artículo en su actual redacción. Sin embargo, la justificación del genocidio, como juicio de valor, sí que puede incorporar el elemento tendencial de incitación indirecta al delito de genocidio o incitación a la violencia, al odio o la discriminación. Esta distinción entre negación y justificación es criticada por el Voto Particular del Magistrado Pascual Sala y parte de la doctrina como una “inconsistencia” de la Sentencia.³¹ La cuestión que subyace a la argumentación del Tribunal Constitucional es que existe una diferencia sustancial entre la negación de un delito y la justificación de ese delito, que vendría de situaciones donde la mera negación no implica necesariamente una adhesión al delito y una vejación para las víctimas, cuando la justificación sí lo implica. Sin embargo, cabe no ser ingenuos en este caso y, desde este punto de vista, se producen las críticas. Aunque, de nuevo, la cuestión es la ponderación de principios que se deba realizar para establecer cuando el Derecho debe intervenir y de qué forma.

La realidad es que, en la actualidad, la negación del genocidio no es una práctica cotidiana de los ciudadanos de una sociedad democrática. Dicho de otra forma, el negacionismo asume determinados implícitos y tiene un muy particular contexto de descubrimiento y contexto de justificación. En esta línea, Tajadura Tejada afirma que la evidencia empírica demuestra que todos los que niegan el genocidio son racistas antisemitas porque sus afirmaciones sólo se comprenden en el marco del discurso del odio.³² En esta línea es significativo que en el Voto Particular del Magistrado Rodríguez Arribas se hace referencia al peligro de que las instituciones que garantizan la libertad se conviertan en una “democracia ingenua” que llevara “aquel supremo valor de la convivencia hasta el extremo de permitir la actuación impune de quienes pretenden secuestrarla o destruirla”. En ese mismo Voto Particular, se alude al caso del “historiador demenciado”, que llegara a la absurda conclusión de la inexistencia de un genocidio universalmente contrastado, en

30 SALVADOR CODERCH, RUBI PUIG (2009, 40)

31 Torres Pérez señala que “Si el TC no se extralimita con su interpretación en el caso de la justificación, tampoco lo haría en relación con la negación. Y si realmente se estaría extralimitando en relación con la negación, también los haría en relación con la justificación” TORRES PEREZ(2007,181)

32 Tajadura Tejada afirma que “El llamado “negacionismo” es, en sí mismo y cuando menos, un claro menosprecio hacia la víctimas del Holocausto. En esta sentencia, la dignidad y los derechos de las víctimas del genocidio son sacrificados (sin juicio alguno de ponderación) en el altar de la libertad de expresión” TAJADURA TEJADA (2008,254)

cuyo caso no habría elemento intencional alguno y, por lo tanto, no sería punible.³³ Parece que precisamente la cuestión radica en un juicio de intenciones, lo cual tiene una más difícil traslación jurídica.

Cabe recordar que el Derecho Penal debe perseguir acciones concretas y no personalidades, que deben estar claramente delimitadas en el texto legal –*taxatividad*– y cuando se produzca una vulneración grave del bien jurídico protegido y no haya otros mecanismos de intervención jurídica –*ultima ratio*–.

Este caso del “historiador demenciado”, que según el Voto Particular no incorpora el elemento intencional y no sería punible, cabe preguntarse si comprendería las obras de los autodenominados “*historiadores revisionistas*”, que ponen en duda cosas como el número oficial de judíos asesinados y si la cámaras de gas fueron utilizadas para llevar a cabo los asesinatos en masa.³⁴ Lo que subyace es el ánimo o intención de injuriar que, como afirman Salvador Coderch y Rubí Puig, cuya prueba es difícil y deja abierta la puerta al arbitrio caprichoso de quien ha de juzgar sobre ello.³⁵ Lo que caracteriza a estos historiadores revisionistas es el abusivo método utilizado que consiste en la disimulación o distorsión de información o la utilización de falsas pruebas. A los Tribunales, en un caso de un autor negacionista, según Garibian, lo que les importa no es la cuestión sobre si el discurso en el caso es verdad, sino en tanto revela a un propagandista, su motivación política. En este sentido, los Tribunales no toman consideraciones sobre *qué* es dicho, sino más bien sobre *cómo* y *por qué* es dicho.³⁶

2. Sobre el imperativo de la memoria en el Derecho

Es habitual presentar al Derecho como un sistema normativo que motiva las conductas de los individuos considerando las diversas acciones como permitidas, prohibidas u obligatorias, que se caracteriza por ser un sistema institucionalizado y que tiene coactividad. Son funciones comúnmente atribuidas al Derecho, entre otras, el tratamiento de conflictos y otorgar legitimidad al poder. El sistema jurídico de esta forma se concibe como un mecanismo para alentar y desincentivar conductas humanas, que tiene como finalidad el control social, la seguridad y la justicia. En este contexto, la sanción penal es una medida que tiene una finalidad represora de las conductas de los individuos que atentan contra determinados bienes jurídicos, protegidos por las normas jurídicas.

33 STC 235/2007 Voto Particular del Magistrado Ramón Rodríguez Arribas.

34 Knechtle establece las diferencias entre negacionistas y revisionistas: a) los negacionistas que reivindican que el Holocausto nunca ocurrió b) los revisionistas que admiten que algo como el holocausto histórico ocurrió pero realizan argumentos revisionistas sobre el alcance del crimen, poniendo en duda cosas como el número oficial de judíos asesinados y si la cámaras de gas fueron utilizadas para llevar a cabo los asesinatos en masa. KNECHTLE (2008,45) En el presente trabajo se alude a negacionistas y revisionistas de forma indistinta. Dicho de otra forma, cuando se hace referencia a los negacionistas se incluye a los revisionistas.

35 SALVADOR CODERCH, RUBI PUIG (2009, 41)

36 GARIBIAN (2008, 484)

La cuestión que se plantea es si el Derecho puede legítimamente considerar determinados discursos como prohibidos y esto necesariamente suponga una sanción penal. La reflexión que subyace es si no existen otros mecanismos menos rígidos que desalienten determinadas formas de expresión que sean contrarias a determinados valores básicos de la sociedad. Otros sostendrían que una prohibición, para ser tal un sistema jurídico, debería comportar una sanción. En este caso, la discusión se establecería si el ámbito penal es el más adecuado para la represión de la libertad de expresión en estos casos.

Algunas veces se considera que en democracia, cualquier idea se puede defender en la esfera pública y lo que convierte en ilegítima una opción es la apología de los medios violentos. Sin embargo, la filosofía de la libertad de expresión tiene concepciones diversas en diferentes culturas jurídicas. El modelo norteamericano se basa en una noción de *libertad negativa* donde el Estado no debe interferir a no ser que se produzca un *peligro presente y claro* o una amenaza de desórdenes públicos. El modelo alemán centrado en la *libertad positiva*, otorga un papel prioritario a la dignidad humana frente a la libertad de expresión, en el marco del compromiso constitucional con un modelo de *democracia militante*. Esto supone que no tienen protección los discursos que quieren destruir el sistema democrático. Esto se traduce, por ejemplo, en que el partido nacional socialista está prohibido por ser considerado contrario a la Constitución.

La cuestión que se plantea es cuáles son los motivos que justifican la existencia del delito de negación del holocausto. O dicho de otra forma, como funcionaría el imperativo de la memoria en el ámbito del Derecho. A este respecto, es relevante el caso *Garaudy v. France* que llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En diciembre de 1995, Roger Garaudy escritor y filósofo francés escribió un libro titulado *The Founding Myths of Israeli Politics*. En la Sentencia, el mencionado Tribunal es rotundo al condenar la negación del Holocausto:

“No puede haber ninguna duda que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos, como el Holocausto, como el demandante hace en su libro, no constituye una investigación histórica para la búsqueda de la verdad. La intención y el resultado de su enfoque son completamente diferentes, y el objetivo real es rehabilitar el régimen Nacional-Socialista y, como consecuencia, acusar a las víctimas ellas mismas de falsificar la historia. Negar los crímenes contra la Humanidad es una de las formas más serias de difamación racial de los judíos y de incitación al odio hacia ellos. La negación o la reescritura de este tipo de hechos históricos socava los valores por la lucha contra el racismo y antisemitismo están basadas y constituye una seria amenaza al orden público. Estos actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos porque infringen los derechos de los otros. Sus proponentes indiscutiblemente caen en la categoría de intenciones prohibidas por el art. 17 de la Convención.”³⁷

Lo más interesante es el argumento utilizado para descalificar las actividades de los negacionistas ya que se trataría de la prohibición del abuso de derechos.(art. 17)³⁸ Es

37 TEDH Garaudy v. France 24 junio 2003.

38 El art. 17 de la Convención Europea de Derechos humanos establece “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho de cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.”

decir, cuando el ejercicio de un derecho supone dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esto guarda cierto parecido con la *paradoja de la democracia* donde se plantea la ilegitimidad de las opciones políticas que buscan destruir la democracia. Lo que sería interesante analizar es si el TEDH mantiene esta línea en el modelo de la *democracia militante* en otros casos.

Analizando el caso *Garaudy v. France*, Ferreres Comella sostiene que existen dos tipos de daño que se pueden causar cuando alguien niega hechos claramente establecidos: un daño epistémico y un daño emocional. Según este autor, es difícil sustanciar un daño epistémico con la negación, cuando se trata de “hechos históricos claramente establecidos”, no sólo entre historiadores, sino entre la población en general. Diferente sería con un debate histórico *sobre una cuestión abierta*.³⁹ Cabe realizar dos reflexiones al respecto. La primera es que el desarrollo de este argumento sobre la solidez de los fundamentos epistémicos, llevaría a replantearse las legislaciones que tuvieran “miedo a la verdad.”⁴⁰ Como afirma Knechtle, cuando un Estado criminaliza una cierta versión de un acontecimiento histórico, lleva la historia fuera del ámbito de la ciencia y la eleva a la status de Escritura. Los que apoyan esta legislación no creen en la gente o no creen en la verdad.⁴¹ Cualquiera que, con un mínimo de diligencia, investigue el Holocausto llegará a la conclusión de sus horribles dimensiones. Esto lleva a la segunda reflexión. Alguien que deliberadamente distorsiona pruebas, falsea evidencias, tergiversa fuentes sí produce daño epistémico. El método para llegar a *su* verdad, es realmente condenable, pero no necesariamente por un juez, sino por la comunidad académica, los medios de comunicación y por la población. La cuestión que subyace es que su metodología les invalida para ser considerados historiadores y para merecer algún tipo de credibilidad en una sociedad democrática.

El segundo tipo de daño que puede implicar la negación de hechos históricos, al que alude Ferreres Comella, es el daño emocional.⁴² En palabras de Català i Bas y Pérez i Seguí, “la negación de un hecho como el que nos estamos refiriendo, por sí mismo, supone ya una incitación al odio a un grupo determinado, una humillación a la víctimas y una falta de respeto a la memoria debida a los asesinados.”⁴³ La cuestión que subyace es cuáles son los mecanismos del *imperativo de la memoria* y si éstos deberían comportar un delito.

39 Ferreres Comella pone un ejemplo: “No somos dañados cuando alguien dice que la Tierra es plana (a no ser que seamos niños y él un profesor), pero sí somos dañados si alguien dice descuidadamente que los microondas producen cáncer”. FERRERES COMELLA (2006,102)

40 KNECHTLE (2008,64)

41 KNECHTLE(2008,64)

42 FERRERES COMELLA (2006,102)

43 El Tribunal Constitucional, por el contrario, sostiene, basándose en una jurisprudencia del TEDH sacada de contexto, que no sólo es necesario que exista negación de los hechos, sino que es necesario un elemento expreso de incitación en la configuración del tipo penal. Así las cosas, urge una actuación del legislador que introduzca ese elemento tendencial en el art 607.2 para que no quede sin castigo la negación de hechos tan monstruosos como el genocidio. CATALÀ I BAS; PÉREZ I SEGUÍ (2007, 193)

En este sentido, Ferreres Comella se plantea: ¿cuándo la negación de hechos históricos significa la violación de la igual dignidad de los seres humanos?⁴⁴

A este respecto, Lipstadt advierte que el negacionismo produce un efecto menos tangible, pero de forma más insidiosa. Cuando en el contexto del *debate entre los historiadores* en Alemania, parece que los historiadores conservadores y el negacionismo comparten algunas conclusiones. En concreto, que el Holocausto ha sido injustificadamente singularizado como un atrocidad única.⁴⁵ En este sentido, Lipstadt analiza hechos históricos como los armenios en Turquía, el régimen de Camboya o el estalinismo soviético. Y concluye que el intento de los historiadores de crear este tipo de equivalencias inmorales ignoran las dramáticas diferencias entre esos acontecimientos y el Holocausto.⁴⁶ Esta es la tesis de la inconmensurabilidad del Holocausto. Consideraría una especie de trivialización la comparación con otras tragedias de la Humanidad, que buscaría exculpar a la Alemania nazi ya que los Aliados son culpables de atrocidades similares en la guerra.

Las comparaciones históricas son un ámbito particularmente sensible. En este sentido, Churchill realiza una crítica al argumento que considera la singularidad única de la atrocidad del Holocausto. En este sentido afirma que en sus formulaciones más extremas, los proponentes del exclusivismo judío sostienen no sólo que el Holocausto fue únicamente una experiencia judía –minimizando a gitanos, eslavos, homosexuales y otros-, sino que es en la historia la única instancia de “verdadero” genocidio. Mientras los neonazis niegan un único genocidio, los exclusivistas niegan *muchos*.⁴⁷ *Más polémica es la afirmación siguiente “un resultado de medio siglo de “erudición”⁴⁸ por personas como Lipstadt ha sido la desvictimización funcional de literalmente cientos de pueblos indígenas, incluso si su existencia ha sido sistemáticamente extinguida.”⁴⁹*

Cabe plantear que Lipstadt no niega que se hayan producido otros genocidios, sino más bien da las razones para afirmar la inconmensurabilidad del Holocausto. Entre los motivos que justifican su posición, estarían que: el Holocausto es un proceso planificado de total aniquilación de un pueblo entero, un acto gratuito llevado a cabo por una nación industrial, avanzada, próspera en la cima de su poder; nunca antes en la historia un grupo humano particular, por motivos étnicos, –hombres mujeres, niños, viejos, jóvenes, sanos y enfermos- ha sido elegido para ser asesinado tan rápido como sea posible utilizando cada posible medio del poder del Estado para realizarlo; cada individuo de los millones de judíos debía ser asesinado; la erradicación ha de ser total.⁵⁰

44 FERRERES COMELLA, (2006, 102).

45 LIPSTADT (1993, 209)

46 LIPSTADT (1993, 211)

47 CHURCHILL (2000, 1-2)

48 Es la traducción de *scholarship*.

49 CHURCHILL (2000,8)

50 LIPSTADT (1993, 211-213)

Cabe añadir dos argumentos más a la tesis de la singularidad del Holocausto. El primero es la cercanía, es una tragedia europea del s. XX. Viven personas que lo han causado y otras que lo han sufrido. Y es cercano, en otro sentido, ya que es un acontecimiento histórico del que se conservan abundantes archivos, fotos, filmaciones. El segundo tiene que ver con el calado de una dimensión filosófica y moral. Ningún acontecimiento histórico ha planteado un desafío equiparable a la noción de progreso, a los valores de civilización y a la conciencia de la Humanidad.

Precisamente sobre la conciencia moral sobre lo que se estaba haciendo es objeto de controversia. El iniciador del “debate de los historiadores”, Nolte afirma que lo característico del holocausto era “el hecho de condenar a morir asesinadas a personas por ver en ellas los causantes de una evaluación histórica definitiva y de hacerlo sin ninguna voluntad de crueldad, tal como el hombre quiere eliminar a los insectos dañinos a los que al mismo tiempo no desea provocar sufrimiento”⁵¹ En cambio, Kertész, víctima y superviviente del holocausto, en su obra “Ensayo de Hamburgo”, sostiene que la “característica única y sin parangón del nazismo” había consistido justo en todo lo contrario, es decir, en la voluntad de crueldad, o dicho de otro modo, en “deleitarse de forma institucional y, hasta podría afirmarse, estatal de envilecimiento de los seres humanos, en la aniquilación total y visible para todos del sistema de valores.”⁵²

En este sentido, esa voluntad deliberada de crueldad y envilecimiento, institucional y estatalmente organizada, es un dato significativo para poder hablar de la inconmensurabilidad del holocausto bajo el nazismo. Reyes Mate ofrece argumentos para hablar de la singularidad histórica del holocausto: a) Que el genocidio judío no es un medio si no un fin. No se les mataba por razones políticas (genocidio armenio o ucraniano) ni como resultado de una explotación económica (la mayoría no conoció en el universo concentracionario pues moría el mismo día de su llegada), sino por el hecho de haber nacido judío. b) Que por primera vez un Estado decide eliminar a un grupo humano en su totalidad poniendo a disposición todos los medios técnicos. c) Que por más que la barbarie nazi se inscriba en la violencia del siglo XX, hay un punto de desmesura no alcanzado hasta el momento. Hay por tanto una vieja historia e antisemitismo que alcanza un punto desconocido con los nazis, de ahí que se pueda hablar de su singularidad. d) El historiador Vidal Naquet considera “Lo esencial no está ahí. Lo esencial es la negación del crimen dentro del crimen mismo”. Esto supone no dejar rastros del crimen (ni testigos, ni restos materiales) y que existiera una organización tan burocratizada que la responsabilidad quedara diluida.⁵³

Se analizarán a continuación cuáles son los argumentos para considerar como delito la negación del holocausto: a) *Respeto a la víctimas* b) *Particular significado cultural* c) *las intenciones del negacionista*

51 WANHON (2004,60)

52 WANHON (2004, 60)

53 MATE (2003, 164-165)

a) Argumento subjetivo. Respeto a las víctimas

Un argumento para considerar la persecución de la negación del genocidio, como explican Salvador Coderch y Rubí i Puig, puede tener sentido cabal en culturas algunos de cuyos miembros lo han causado y otros lo han sufrido. En ellas, es posible que la negación vaya indisolublemente asociada a la negación de la existencia de las víctimas mismas o de los supervivientes, pero ello no es, a lo que se nos alcanza, verdad universal.⁵⁴ Esto explicaría porqué en los países de Latino América no se considera delito la negación del holocausto judío durante la II Guerra Mundial. El problema de este argumento subjetivo es que su validez es de una o dos generaciones. ¿Qué ocurre cuando no viva nadie que estuviera en el genocidio? Podría reformularse como un necesario respeto a las víctimas por las generaciones posteriores. Aunque no haya testimonios directos vivos a los que remitirse, esto no puede significar que cualquier relato histórico sea necesariamente válido, pero lo que se trata de dilucidar en este punto es si puede haber un relato histórico prohibido jurídicamente.

b) Argumento del particular significado cultural

Sobre la libertad de expresión rigen determinados principios generales en los sistemas democráticos, por su vinculación intrínseca con la libertad de conciencia, libertad ideológica o el control de los gobernantes. Desde este punto de vista, Ferreres Comelles interpreta el delito de negación del holocausto como un caso de suspensión de esos principios.⁵⁵ Este autor afirma “hemos decidido suspenderlo porque, como comunidad, queremos expresar nuestro rechazo al holocausto. Decidimos unir un significado cultural particular a esta tragedia europea, aun si existen otras catástrofes morales en la historia humana.”⁵⁶ La idea que subyace es que la última etapa de un genocidio es su negación. Desde esta perspectiva, el rechazo claro del holocausto debería comportar la persecución del negacionismo. También se plantea, de nuevo, la cuestión de la comparabilidad de acontecimientos históricos. Pero aquí surge la particularidad de significado cultural, es una tragedia europea. El significado cultural particular también se relaciona con el *imperativo de la memoria*, ya que no se considera legítimo, ni legal, reescribir la historia, con intenciones de agitación política, frente a hechos históricos claramente establecidos. No se debe olvidar lo sucedido, se debe tener presente, para que no se repita. La primera forma de olvido es dar pábulo a aquellos que banalizan o niegan esos hechos históricos. Pero una vez más, ¿son éstos suficientes motivos para prohibir jurídicamente ciertos relatos históricos y aplicar sanciones penales para sus instigadores?

54 SALVADOR CODERCH, RUBÍ PUIG (2009, 43)

55 A pesar de la unánime visión del TEDH que la negación del holocausto no es expresión protegida, no es fácil encontrar un argumento plausible que justifique esa opinión y que sea consistente con los principios generales de la libertad de expresión. FERRERES COMELLA, (2006, 104).

56 FERRERES COMELLA, (2006, 103-104).

c) Argumento de las intenciones del negacionista

¿Por qué alguien presenta versiones negacionistas de hechos históricos claramente establecidos? Si se utiliza un mínimo de diligencia para acercarse a un acontecimiento histórico, se llegará a determinadas evidencias, comúnmente compartidas con la comunidad científica y la población en general. Entonces, ¿por qué alguien niega esas evidencias históricas? Como sostiene Bilbao Ubillos, en el caso de los escritores negacionistas, se establece la presunción de que no buscan honestamente la verdad sino que solo quieren hacer daño y no cumplen ni el deber de objetividad, ni las reglas de la buena fe. Es algo parecido a un juicio de intenciones: actúan siempre de mala fe.⁵⁷

En estos casos se produce un daño epistémico ya que se presenta como verdad histórica algo que ha sido producto de manipulaciones, distorsiones, falseamientos y tergiversaciones. A este nivel se convierte en una conducta condenable ante la comunidad científica y la opinión pública en la consideración del no prestigio y nula credibilidad de los negacionistas. El siguiente nivel es el daño emocional. Además de los argumentos sobre la incommensurabilidad, el respeto a las víctimas y el significado cultural particular de una tragedia europea, es relevante referirse a la cuestión de las intenciones del negacionista.

En este punto, pese a las críticas recibidas, la posición del Tribunal Constitucional en el STC 235/2007 aporta una distinción clave. Así, diferencia entre la mera negación y la negación unida a ofensas, injurias o proselitismo xenófobo o racista. Este elemento tendencial sería lo que convertiría en delito la negación del holocausto. La ecuación según la cual toda negación de un genocidio comporta necesariamente racismo o xenofobia –el elemento tendencial- debería matizarse. Más en el caso español que se refiere a cualquier caso de genocidio. Si los denominados historiadores negacionistas o revisionistas son, por lo general, racistas, antisemitas y relacionados con grupos de extrema derecha su discurso irá más allá de la mera negación y contendrá ofensas e incitaciones racistas. Su distorsión de la historia tiene una clara intencionalidad política.

Creo que aquí es donde claramente se unen el daño epistémico y el daño emocional de tal forma que justifican la consideración de un delito para la negación del holocausto. Es decir, cuando se produce una tergiversación de los hechos históricos, claramente establecidos, con una intención vejatoria xenófoba, racista u antisemita.

III. EL CASO *IRVING V. LIPSTADT*. SOBRE EL IMPERATIVO DE LA MEMORIA EN LA HISTORIA

Uno de los casos judiciales más interesantes sobre el negacionismo se produjo en un país que no lo considera un delito, como el Reino Unido. Se trata del caso en que el historiador revisionista David Irving demandó por libelo a Deborah E. Lipstadt, profesora de Historia Hebrea, y la editorial Penguin Books, por las afirmaciones contenidas

57 BILBAO UBILLOS (2008,60)

en su libro titulado “*La negación del Holocausto: el Creciente Asalto a la Verdad y el Recuerdo*”⁵⁸ Cabe hacer algunas consideraciones previas sobre la singularidad del caso:

a) Según la ley inglesa, les correspondía a los demandados demostrar la esencia de la verdad de las afirmaciones que se consideraran difamatorias. Una de las acusaciones del libro mencionado era que Irving había falsificado pruebas. Por tanto, el juicio se basaba en estudiar el trato dado por Irving a las pruebas disponibles. No era un juicio para establecer lo que realmente ocurrió durante el régimen nazi, sino sobre la metodología legítima para un historiador.⁵⁹

b) Una de las características del enfoque de Lipstadt es afirmar el derecho de libertad de expresión de los negacionistas, pero se niega a debatir con ellos porque eso significa reconocerles el derecho a ser tratados como la “otra” cara del un debate legítimo.⁶⁰ Su estrategia parte del escepticismo sobre judicializar el negacionismo⁶¹, pero tampoco considera adecuada la ignorancia frente a estos historiadores revisionistas, el camino que emprende con este libro es la denuncia. En este sentido, Lipstadt afirma que “debemos educar al público en general y a la Academia sobre esta amenaza y sus raíces históricas e ideológicas.”⁶²

c) Lo paradójico de este caso es que él que habitualmente utiliza argumentos contra la censura y a favor de la libertad de expresión, es el que quiere prohibir un libro, porque no está de acuerdo con su contenido. El camino de la denuncia, que emprende Lipstadt, pone en evidencia el daño epistémico del negacionismo, lo que se relaciona con el método de los historiadores para ser considerados como tales. Lo que está en juego es la pretendida respetabilidad y la credibilidad para un determinado discurso que distorsiona, tergiversa, falsea para llegar a determinadas conclusiones preconcebidas. Precisamente, el objeto de la demanda de Irving eran los párrafos del libro mencionado que “destruyeron (su) legitimidad como historiador”.⁶³ Defender la libertad de expresión de alguien no es sinónimo de defender la validez epistémica de sus enunciados. Aunque existe un consenso general sobre los hechos históricos del Holocausto, se daña a una audiencia y se daña a la profesión de historiador, si se presenta la Historia desde una metodología deliberadamente falaz con pretensiones de igual validez epistémica que la de los historiadores académicos. Es destacable que en el trasfondo de esta cuestión subyace una cuestión de gran calado filosófico, que desde la deconstrucción posmoderna o el pragmatismo de Rorty y Fish,

58 LIPSTADT (1993)

59 Caso Irving v. Lipstadt par. 13.3

60 LIPSTADT (1993,22)

61 Según Lipstadt, “Esto transforma el ámbito jurídico en un foro histórico, algo para que los tribunales nunca fueron diseñados. Cuando las disputas históricas se convierten en asuntos jurídicos, el resultado es impredecible.” LIPSTADT (1993,216)

62 LIPSTADT (1993,218)

63 Sentencia Irving v. Lipstadt par 2.5

han vuelto a plantear. Una especie de relativismo del *todo vale*. Frente a estas posiciones, Lipstadt denuncia que “la negación del Holocausto es la apoteosis del irracionalismo.”⁶⁴

En las siguientes líneas se analizará la Sentencia del Juez Gray sobre el caso Irving v. Lipstadt, como un juicio de la legitimidad como historiador del demandante, que es una perspectiva interesante de abordar el negacionismo. En segundo lugar, se aportarán algunas reflexiones sobre el quehacer del historiador y de la polémica entre Fish y Lipstadt, donde, en última instancia, se tratará si el método histórico debe responder a algún concepto de verdad y en qué sentido.

En su libro *La negación del Holocausto: el Creciente Asalto a la Verdad y el Recuerdo*, Lipstadt incluye algunos párrafos donde alude a Irving. En este sentido, afirma que “Irving es uno de los portavoces más peligrosos de la negación del Holocausto. Familiarizado con las pruebas históricas, las retuerce hasta que se ajustan a sus inclinaciones ideológicas y sus planes.”⁶⁵ Sobre su metodología, incluye afirmaciones como: “estos escritos demuestran la forma en la que los negadores tergiversan, alteran citas, falsifican estadísticas y atribuyen falsamente conclusiones a fuente fiables. Se basan en libros que contradicen claramente sus argumentos, citándolos de tal forma que alteran del todo los objetivos del autor. Los negadores cuentan con el hecho de que la gran mayoría de los lectores no tendrá acceso a la documentación o no hará el esfuerzo de determinar la forma en que se han falsificado o tergiversado la información.”⁶⁶ En otros pasajes, se sostiene que Irving muestra una imagen muy favorable de Hitler que sería presentado “como amigo de los judíos.”⁶⁷ En la Sentencia, el Juez Gray parte de afirmar que los párrafos que transcribe del libro de Lipstadt difamarían a Irving y que los demandados deberán demostrar que en su significado directo y literal de los párrafos referidos cuentan verdades.⁶⁸ En una Sentencia de más de 300 páginas, el Juez Gary desarrolla un minucioso análisis de las diferentes pruebas y argumentos que básicamente tienen por objeto dilucidar si la metodología de Irving es la adecuada y cuáles son los motivos de su trabajo.

64 LIPSTADT (1993,24)

65 LIPSTADT (1993,181)

66 LIPSTADT (1993,111)

67 Lipstadt afirma que “los historiadores han descrito a Irving como un “partidario de Hitler que lleva los ojos tapados” y le han acusado de distorsionar pruebas y manipular documentos para servir a sus fines. Es conocido sobre todo por sus tesis que defiende que Hitler no sabía nada de la solución final, una idea que los estudiosos han desestimado. El destacado historiador británico Hugo Trevor-Repor describió a Irving como un hombre que “se aprovecha de pequeñas partes de dudosas ‘pruebas’” y que las usa para desestimar pruebas mucho más sustanciales que no están a favor de sus tesis. Se ha descrito su obra como “más cercana a la Teología o la Mitología que a la Historia” y se le ha acusado de presentar documentos de forma sesgada y de malinterpretar datos para poder llegar a conclusiones históricamente insostenibles, particularmente aquellas que absuelven a Hitler. LIPSTADT (1993,161)

68 Sentencia Irving v. Lipstadt par 4.2.

En la Sección de Conclusiones de la Sentencia del caso Irving v. Lipstadt, el Juez Gray considera demostrado que Irving, deliberadamente ha tergiversado pruebas históricas⁶⁹, de forma que sus errores siempre coinciden en exonerar a Hitler⁷⁰, que es un negador del Holocausto⁷¹ y que es un antisemita⁷² y un racista⁷³. Quizá una de las conclusiones más clara de la Sentencia sea que “habiendo estudiado los distintos argumentos presentados por Irving para refutar el efecto de las pruebas convergentes presentadas por los demandados, concluyo que ningún historiador objetivo habría podido dudar seriamente de que hubo cámaras de gas en Auschwitz y que se usaron a gran escala para asesinar a centenares de miles de judíos”⁷⁴

69 Considero que, en numerosos aspectos, Irving ha expuesto erróneamente pruebas históricas; ha adoptado posturas que van contra el peso de las pruebas; ha dado credibilidad a pruebas no fiables y ha desestimado pruebas creíbles. Considero que un análisis de estas situaciones puede ilustrar la cuestión de si la tergiversación de Irving de las pruebas históricas fue deliberada. Sentencia Irving v. Lipstadt 13.140

70 Considero que tiene fundamento la opinión expresada por Evans de que todos los “errores” historiográficos de Irving convergen, en el sentido que todos tienden a exonerar a Hitler y a reflejar la simpatía de Irving por el líder nazi. De hecho si fueran errores verdaderos, no sería de esperar esta coherencia. Acepto la alegación de los Demandados de que esta convergencia es una clara razón para suponer que las pruebas han sido deliberadamente manipuladas por Irving. Sentencia Irving v. Lipstadt 13-142

71 Considero incuestionable que Irving es un negador del Holocausto. No sólo ha negado la existencia de cámaras de gas en Auschwitz y afirmado que ningún judío fue gaseado allí, lo ha hecho con frecuencia y a veces empleando términos de lo más ofensivos. Como ejemplo, cito su historia del judío entrando en la cabina telefónica móvil con cámara de gas; su afirmación de que murió más gente en el asiento trasero del coche de Kennedy en Chappaquiddick que en las cámaras de gas de Auschwitz, su desprecio en bloque a los testigos presenciales por considerarlos mentirosos o enfermos mentales; su referencia a una Asociación de Supervivientes de Auschwitz y Otros Mentirosos o “ASSHOLS”; y la pregunta que le hizo a la Sra Altaman sobre cuánto dinero había ganado con su tatuaje –era un tatuaje sobre Auschwitz-. Sentencia Irving v. Lipstadt 13.95

72 Irving es un antisemita. Sus palabras se dirigen contra los judíos, tanto individual como colectivamente, en el sentido de que son hostiles, críticas, ofensivas y denigrantes en sus referencias a las personas semíticas, sus características y aspecto. Unos pocos ejemplos bastarán: Irving ha dicho que los judíos se merecen ser despreciados; que provocaron el Holocausto; que los financieros judíos son delincuentes; que los judíos generan antisemitismos por su avaricia y maldad; que es una mala suerte para el Sr. Wiesel que le llaman “Weasel”; que los judíos están entre la escoria de la Humanidad; que los judíos se escurren y ocultan furtivamente, incapaces de soportar la luz del día; que Simon Wiesenthal tiene un rostro desagradable y maligno... Sentencia Irving v. Lipstadt 13.101

73 La estrofas compuestas por Irving para su hija son indudablemente racistas al poner en sus labios las palabras “Soy una niña Aria...No pienso casarme con un Mono o un Rastafari”(...)Lo mismo se aplica a la repugnancia que dice sentir Irving al ver a hombres negros jugar al cricket defendiendo los colores de Inglaterra. La forma en que habla Irving que la epidemia del SIDA como algo que barre a negros, homosexuales, drogadictos y otros tiene un claro estilo racista. Sentencia Irving v. Lipstadt 13.106

74 Sentencia Irving v. Lipstadt 13.91

Esto es algo conocido ampliamente y no es necesario que un juez lo diga. Lo relevante es que en sede judicial, analizando prueba a prueba, dato a dato, se ha desvirtuado la versión revisionista de los hechos. La conclusión final de la Sentencia considera demostrada la verdad de las acusaciones de Lipstadt respecto a Irving y desestima la demanda por difamación⁷⁵.

Este importante caso puede comportar una reflexión a nivel epistémico, en última instancia, en la noción de verdad que se maneje. Desde esta perspectiva, Marrero Avendaño se plantea: ¿cómo son posibles las reconstrucciones incompatibles de un mismo acontecimiento histórico?⁷⁶ Su respuesta, después de un detallado análisis de las pruebas planteadas en el caso Irving v Lipstadt, es que las narrativas fácticas no son evaluables en términos de verdad referencialista –de su adecuación con el mundo–, sino en términos de verdad coherentista –plausibilidad de un relato de acuerdo con ciertas relaciones formales entre proposiciones empíricas y las inferencias probatorias que los constituyen–.⁷⁷ No me parece un planteamiento adecuado. Primero, confunde el nivel de la Historia –que sería una narratividad fáctica– del nivel del Derecho –donde deberían probarse judicialmente unos hechos según las garantías del Estado de Derecho–. En segundo lugar, en el caso planteado la versión negacionista podría presentarse como muy coherente internamente, incluso justificar las inferencias de las pruebas que alega. Pero la acusación es que tergiversa, distorsiona, falsea y manipula las pruebas históricas, pero sólo se puede afirmar algo así con referencia a un criterio externo de verdad. Si no se podría dar la situación de visiones, coherentes internamente, incompatibles entre sí pero sin criterio último de validación. Precisamente, un especialista en valoración de la prueba en el marco del Derecho Procesal, Michelle Taruffo, sostiene que el concepto general de verdad como correspondencia es el único que resulta sensato en el contexto de proceso⁷⁸.

75 Las acusaciones que he concluido que son sustancialmente verdad incluyen acusaciones de que Irving, debido a razones ideológicas, ha tergiversado, manipulado persistente y deliberadamente pruebas históricas; que por las mismas razones ha dado una imagen incondicionalmente favorable de Hitler, principalmente en relación a su actitud a los judíos y su responsabilidad en el trato que recibieron; que es un activo negador del Holocausto; que es un antisemita y un racista y que está vinculado a extremistas de derecha que promueven el neonazismo. Considero que las acusaciones contra Irving que han sido probadas como ciertas son de suficiente gravedad como para que esté claro que el fracaso al probar la verdad de las cuestiones expuestas en el párrafo 13.165 no tiene un efecto material sobre la reputación de Irving. Sentencia Irving v. Lipstadt 13.167

76 MARRERO AVENDAÑO (2006, 217)

77 MARRERO AVENDAÑO (2006, 255)

78 Taruffo para justificar su posición afirma que “el primer argumento es que la norma sustancial que utiliza el juez como decisión presupone que el hecho jurídicamente calificado que es objeto de la decisión, se haya verificado realmente fuera del proceso y de sus narraciones, o sea –por así decir– en el mundo de los eventos reales (empíricos, históricos, materiales, etc.) Si este hecho no ha sucedido “en la realidad” la norma no puede ser aplicada y, si aún así se aplica, ello es suficiente para que la sentencia sea injusta. La segunda razón es que en el proceso se utilizan pruebas y estas pruebas no sirven para producir narraciones, sino para proporcionar informaciones sobre eventos que se supone que han tenido lugar fuera del proceso. En cierto

Sostener la visión de la verdad como coherencia, es algo parecido al relativismo. Esta precisamente es la perspectiva que alude Stanley Fish para esta cuestión en una visión de fuertes implicaciones epistémicas y filosóficas.

Desde su punto de vista, Fish se plantea por qué considera que Deborah Lipstadt está en lo cierto, y David Irving está equivocado, no es porque ella tenga una versión teórica mejor sobre las pruebas y los hechos que el que tiene (Fish considera que Lipstadt su versión de estos asuntos es ingenua e incoherente), sino porque los archivos que ella consulta, la autoridades que cita, las líneas de razonamiento que desarrolla y la corroboración que puede solicitar a los otros en el campo, todo suena más verdadero que las autoridades paralelas, archivos y líneas de razonamiento y citas a colegas proferidas por Irving.⁷⁹ El enfoque de Fish parte de considerar que en esta cuestión no se debe plantear en términos filosóficos y epistemológicos, que ya que la victoria nunca se podrá dar, sino más bien en términos *pragmáticos*, la batalla ha sido ganada ya que la amplísima mayoría de los investigadores establecidos apoya a los que afirman el Holocausto y rechazan a los que lo niegan.⁸⁰ Este enfoque rechaza las abstracciones normativas, y más bien se centra en los juicios y las prácticas profesionales. En este sentido, Fish afirma que el rechazo a los negadores viene del archivo masivo de rigurosas investigaciones llevadas a cabo por hombres y mujeres magníficamente acreditados cuyas conclusiones han pasado cada examen razonable que han sido sometidas. Concluye su argumentación afirmando: “mi consejo es simple y fácil de seguir: olvidar la teoría, olvidar la epistemología, olvidar la metahistoria –son los juegos preferidos de los oponentes-y sólo ir con la posición privilegiada que disfrutas por pertenecer a gremio poderoso y preeminente”.⁸¹

El argumento pragmático planteado por Fish plantea cuestiones de diverso calado. La primera es la distinción entre Hechos y Valores. Las prácticas son descritas como hechos y, a la vez, son la fuente para justificar valores, lo que contraviene la falacia naturalista. La dificultad radica en encontrar cuál entonces es el criterio para criticar una práctica, necesariamente debe ser un criterio externo a la práctica.⁸² La segunda cuestión es que toda la visión de Fish en este caso se asienta en una aparente circularidad de su argumento.

sentido, la prueba es un puente entre los discursos que se dan en el proceso y los sucesos del mundo real.” TARUFFO (2002,122-123)

79 Fish afirma que “Está es la forma que los historiadores logran credibilidad –explicando un historia que concuerda con las historias que ya sabemos que son verdad y explicándolo en formas que corresponden a nuestro por ahora intuitivo e internalizado sentido que como uno conecta los puntos entre observaciones en la forma de una conclusión. Los historiadores no ganan credibilidad (a cualquier otra cosa) por convertirse en metahistoriadores, esto es dando grandes respuestas a preguntas como, ¿Cual es la naturaleza del hecho? ¿Como uno determina lo que cuenta como prueba? Puede el pasado ser reconstruido? ¿Pueden la distinción entre el pasado y el presente mantenerse?” FISH (2001,510)

80 FISH (2001,511)

81 FISH (2001,511-513)

82 El hecho de que ninguna autoridad más alta que la autoridad proveída por las prácticas está disponible no significa que una práctica no pueda ser criticada o rechazada. Sólo significa

“Los historiadores deben hacer lo que hacen los historiadores”. Dicho de otra forma, la deontología profesional de los historiadores no hace referencia meramente a cuestiones formales, sino que también debe comprender algún tipo de compromiso epistémico. En este sentido, es significativo que Lipstadt afirme que “el historiador no crea, el historiador expone”⁸³. La validez de una interpretación histórica está determinada por lo bien que da cuenta de los hechos. Aunque el papel del historiador es actuar como un observador neutral intentando seguir los hechos, existe un creciente reconocimiento que el historiador deja en su empresa sus propios valores o sesgos. Consecuentemente, no existe algo así como una historia libre de valores.”⁸⁴ Sin embargo, explica Lipstadt, existen límites en esta tarea cuando los proponentes de estas ideologías pseudo razonadas “libremente forjan o crean información para apoyar sus convicciones y rechazan como implausible cualquier prueba que se les oponga. Ellos utilizan el lenguaje de la investigación científica, pero la suya es una empresa puramente ideológica.”⁸⁵

En este sentido, es significativo el siguiente ejemplo. El Departamento de Historia de la Universidad de Duke, ante un intento exitoso de Bradley Smith de incluir un anuncio negacionista del Holocausto en una publicación estudiantil, realizó esta declaración de forma unánime:

*“Que los historiadores están constantemente comprometidos en la revisión histórica es ciertamente correcto; no obstante, lo que los historiadores hacen es muy diferente de ese anuncio. La revisión histórica de los acontecimientos más importantes...no está interesada en la actualidad de esos acontecimientos; más bien, se interesa por su interpretación histórica- sus causas y consecuencias generalmente. No existe debate entre historiadores sobre la actualidad del Holocausto”*⁸⁶

Esta declaración es circular porque la categoría de historiador es comprendida implícitamente como excluyendo, entre otras cosas, a aquellos que niegan el Holocausto. Fish afirma que en esa circularidad radica su fuerza.⁸⁷ Existen buenas y contundentes razones para afirmar que no existe debate entre historiadores sobre la actualidad del Holocausto,⁸⁸ pero Fish desarma a los historiadores de apelaciones a la verdad, a la epistemología, a una interpretación cabal de las pruebas. Es significativo que el historiador Cope, que analizó en caso *Irving v. Lipstadt*, concluyera que lo que estaba en juego en el trasfondo del juicio

que no puede ser criticada o rechazada por algún principio o medida que en sí mismo no es parte de una práctica. FISH(2001,513)

83 Es la traducción de *uncover*, que también se puede traducir por revela, saca a la luz.

84 LIPSTADT (1993,25)

85 LIPSTADT (1993,25)

86 FISH (2001,508)

87 FISH (2001,511)

88 Rodríguez Jiménez afirma que “Lo que cabe debatir en medios universitarios no es si el Holocausto es algo verosímil o no, sino las causas y las consecuencias del genocidio de los judíos y de otros colectivos étnicos, religiosos e ideológicos por orden de los dirigentes nazis.” RODRIGUEZ JIMENEZ (2000, 385)

eran cuestiones como la existencia de la verdad o la objetividad histórica, si no hay bases que encontrar en los archivos históricos para preferir una construcción de su significado u otro, que los significados son impartidos a los documentos por sus lectores o que todos los significados son igualmente válidos.⁸⁹

Estas son cuestiones de gran profundidad y que merecen algunas reflexiones. Los términos del *imperativo de la memoria* en la Historia tienen que ver con la metodología del oficio de historiador, pero también con la misma noción de verdad histórica. Frente a la tentación posmoderna de las versiones paralelas, se debe reivindicar que en la investigación histórica es relevante plantear que existe una realidad exterior en el mundo, que permite corroborar las diferentes hipótesis. Por tanto, no todos los significados son igualmente válidos. Algunos sostienen que no existe algo así como una historia libre de valores y que las visiones del mundo influyen en la forma en presentar los acontecimientos históricos. Sin embargo, este pluralismo valorativo, que es algo razonable, no se puede comparar con la tergiversación y distorsión de pruebas históricas con intencionalidad política, con un trasfondo racista y antisemita, que realiza el negacionismo.

El *imperativo de la memoria* en la Historia debería suponer un compromiso con una metodología de investigación homologada por la comunidad científica. En pocas palabras, los negacionistas y revisionistas no pueden ser considerados propiamente como historiadores. Como sostiene Garibian, la Historia es un cuestionamiento permanente de acontecimientos y hechos, no obstante, implica ética y responsabilidad profesional: la libertad de un profesor o un académico no significa irresponsabilidad.⁹⁰ Es por tanto, el método, la ética y la responsabilidad lo que diferencia a un historiador de un negacionista. Para llegar a sus conclusiones, el negacionista tergiversa, distorsiona y falsea pruebas, pasando los límites exigibles a la ética profesional y la responsabilidad intelectual. La suya es una tarea que tiene una finalidad de agitación política.

De la polémica entre Lipstadt y Fish, cabe plantear cómo determinados planteamientos postmodernos facilitan determinadas interpretaciones que, en el campo de la Historia, pueden colateralmente reforzar la tesis de los revisionistas y negacionistas. Desde la visión moderna, Vidal Jiménez señala que la Historia nace como ciencia en tanto el pasado del estudio humano se concibe desde una radical independencia entre sujeto cognoscente y objeto de conocimiento. De aquí se deduce tres tesis: *Realismo ontológico* –principio de la existencia de la realidad investigada fuera de la mente del sujeto cognoscente–, *determinismo ontológico* –principio de la existencia mecanicista de un conjunto limitado de leyes generales que rigen los procesos naturales y humanos– y *determinismo epistemológico* –principio de la posibilidad de conocimiento acumulativo de la realidad estudiada por parte de un observador exterior situado en una situación privilegiada–, todos en un sentido estricto, constituyen los referentes de autoridad y los

89 COPE (2001,44)

90 GARIBIAN (2008, 484)

supuestos filosóficos legitimadores del valor de verdad de los enunciados propuestos por una Historia que se afirma a si misma como ciencia social objetiva.⁹¹

Algunas discusiones recientes en Filosofía han supuesto nuevas visiones. Por ejemplo, el giro lingüístico que tuvo su inspiración en el segundo Wittgenstein y su noción de “juegos del lenguaje”, el interés centrado en la interpretación por la *deconstrucción* del Derrida y la crítica posmoderna de los grandes relatos y de las nociones como racionalidad, verdad u objetividad. Sin embargo, como advierte Torres Moya, la aplicación de los principios posmodernos a la Historia puede comportar algunos riesgos como banalidad, incapacidad constitutiva para relacionar fenómenos históricos, disolución del sentido de pertenencia a una comunidad o la acentuación de la fascinación por el vacío, producido por una historia anterior demasiado llena (A. Touraine). ⁹²Concluye Torres Moya que el destino del historiador *posmoderno* es el de la poesía o la mística si es que la renuncia a la racionalidad, a la integración de la realidad, no le depara otro destino peor.⁹³

Desde la discusión sobre la negación del Holocausto, cabe reivindicar una epistemología que defienda la existencia de la noción de verdad histórica, por correspondencia a una realidad exterior al sujeto cognoscente. Cabe advertir que determinadas opciones posmodernas pueden servir de aliadas, involuntarias si se quiere, a los negacionistas y revisionistas. Lo que esta discusión pone de manifiesto es que no *todo vale* en el oficio del historiador.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El objeto de estas líneas era precisar el contenido del *imperativo de la memoria* del que habló Adorno en el ámbito del Derecho y de la Historia. Es interesante resaltar cuál es la formulación concreta que este autor le dio a este nuevo imperativo: “*Hitler ha impuesto a los hombres un nuevo imperativo categórico para su actual estado de esclavitud: el de orientar su pensamiento y su acción de modo que Auschwitz no se repita, que no vuelva a ocurrir nada semejante.*”⁹⁴ Desde esta perspectiva surge como algo necesario, moralmente obligatorio, la apelación a la memoria. La cuestión es cuáles son los elementos configuradores y los límites que en una sociedad democrática puede establecer con esta reivindicación de la memoria.

Las sociedades democráticas, que funcionan como Estados de Derecho, tienen un catálogo de derechos reconocidos para sus ciudadanos. Las decisiones judiciales suelen ser el fruto de la ponderación de diversos principios o normas según el caso de que se trate.

91 VIDAL JIMENEZ (1999, 17)

92 MORALES MOYA (1992, 37)

93 Explica Torres Moya que Wolf Lepenies, en su retrato de los padres fundadores de la Sociología, nos cuenta que, abrumados por la magnitud de su tarea, concluyen por refugiarse en la poesía o en la mística. Tal podría ser el destino del historiador *postmoderno*. MORALES MOYA (1992, 38)

94 ADORNO (1984, 365)

De tal forma que habitualmente se sostiene que no existen derechos absolutos ya que, en cierta medida, los derechos se interpretan como límite de otros derechos y los casos difíciles parecen no tener una solución clara de antemano. En el caso del historiador negacionista se establece un balance entre la libertad de expresión y la fijación de determinados hechos históricos. Existen varios argumentos a este respecto. Como el respeto a las víctimas que serían agraviadas por la negación de unos hechos que protagonizaron. O el particular significado cultural de una tragedia europea que quiere reivindicarse desde el Código Penal. Pero el argumento definitivo trata sobre las intenciones del negacionista cuando su discurso se convierte en una ofensa, una injuria o promueve el proselitismo xenófobo, antisemita o racista.

Esto modifica el balance de principios antes mencionado. No se trata de fijar determinados hechos históricos, sino más bien a ataques al honor, a la igual dignidad. Este es el argumento del Tribunal Constitucional español, como se vio en las Sentencias STC 214/1991 y STC 235/2007. Aunque ha sido objeto de críticas, me parece una posición jurisprudencial que no socava la libertad de expresión y protege, a la vez, de expresiones racistas, xenófobas y antisemitas. El Derecho, en concreto la ley punitiva, no es el camino más adecuado para fijar hechos históricos. La intrínseca conexión entre libertad de conciencia y libertad de expresión, en la línea del planteamiento de Mill, supone que por muy equivocado que se considere que un individuo pueda estar, tiene derecho a expresar sus ideas, a no ser que se produzca daño a terceros. Esto suele traducirse con la idea de que en democracia puede defenderse cualquier idea excepto si utiliza medios violentos.

Los historiadores negacionistas encarcelados suelen referirse a sí mismos como presos de conciencia. Pero en los países donde esto sucede, los países de ámbito germánico, la historia reciente ha supuesto una relectura atenta del *imperativo de la memoria* que se traslada a una concepción constitucional de *democracia militante* donde las opciones que quieren destruir la democracia (paradigmáticamente, el nacionalsocialismo) están oficialmente proscritas. En estos países, los argumentos del respeto a las víctimas y el significado particular de una tragedia pueden aconsejar considerar delito la mera negación del holocausto. Pero el delito, la intervención de la ley punitiva, debería ser la ofensa racista, xenófoba o antisemita.

Creo que el ámbito más fecundo del *imperativo de la memoria* no es el jurídico, sino el filosófico, moral, pedagógico e histórico. Como sostiene Reyes Mate, es perfectamente legítimo decir que en Auschwitz la maldad alcanza un grado inédito.⁹⁵ Son muchas las reflexiones sobre la transcendencia del Holocausto y de diverso calado. Es interesante mostrar la relevancia del juicio *Irving v. Lipstadt* donde se planteaba diversas cuestiones sobre la verdad histórica, el tratamiento de pruebas, la validez de los relatos históricos y la ética en la investigación. Pero quizá la lección más importante que ofrece Lipstadt sea cómo tratar a los negacionistas. Ella explica que su primera impresión era no considerarlos seriamente, como una forma de menosprecio. En concreto, nunca aceptó compartir mesa en un debate con un negacionista, porque esto supondría considerarlo la *otra parte*.

95 MATE (2003, 163)

Pero llegó un momento en que el camino era la denuncia y por eso escribió su libro. Es sintomático de su estrategia que, en todo el juicio, no intervino oralmente para defenderse ninguna vez, aunque sí contó con el testimonio de prestigiosos investigadores.

El *imperativo de la memoria* en la Historia supone no considerar propiamente historiadores a los negacionistas y revisionistas ya que no comparten con la comunidad científica el método, la epistemología, la ética y la responsabilidad en la investigación. La primera estrategia es no tomarlos en serio. Esto supone su rechazo en el ámbito académico y, en el caso que se produzca, una exhibición en los medios de comunicación con la adecuada prevención. No son una voz más en un debate serio. Su perspectiva distorsiona y falsea pruebas para llegar a unas conclusiones, contra las evidencias históricas de la comunidad científica y la población, con un propósito de agitación política. La segunda estrategia es la denuncia. Se trata de explicar el daño epistémico de quienes falsean y tergiversan la Historia, presentándose como voces autorizadas, cuando su finalidad es ideológica. En contra de algunas visiones posmodernas, se puede sostener que la Historia parte de la alteridad entre la realidad analizada y el sujeto cognoscente. De ahí que la tarea del historiador siempre tiene como límite la verdad histórica. La paradoja tenebrosa que se produce en la gran mayoría de los negacionistas y revisionistas es que su versión minimizadora de unos hechos históricos propiciara que se volvieran a repetir. El peor destino para el *imperativo de la memoria*.

BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, Theodor W. (1984), *Dialéctica negativa*, Taurus Madrid, traducción de J.M. Ripalda, 1984.
- ARENDT, Hannah (1995), *De la historia a la acción*, Paidós, Barcelona.
- BILBAO UBILLOS, Juan María (2008), “Derecho Penal, memoria y verdad histórica. La criminalización de la negación de genocidio”, *Parlamento y Constitución*, núm 11, pp. 39-73.
- BILBAO UBILLOS, Juan María (2009), “La negación de un genocidio no es una conducta punible(Comentario de la STC 235/2007)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 85, pp. 299-352.
- CATALA I BAS, Alexandre, PEREZ I SEGUI, Zulima (2007), “La negación del holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm 10, vol. 2, pp. 161-180.
- COPE, R.L. (2001), “Irving versus Lipstadt: a historian’s view of the case”, *Kleio*, núm 33, pp. 17-44.
- GARIBAIN, Sévane (2008), “Taking denial seriously: genocida denial and freedom of speech in the French law”, *Cardozo Journal Conflict Resolution*, vol. 9, pp. 479-488.

- FISH, Stanly (2001), “Holocaust denial and academic freedom”, *Valparaíso University Law Review*, núm. 35, pp. 499-524.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (2002), “El modelo político criminal antirracista “sui generis” del Código Penal español de 1995: Una aproximación crítica”, *RIDP*, núm 1-2, pp. 1-28.
- MARINAS, José-Miguel (2000), “Como cantar en tierra extraña. Para una memoria española del holocausto”, *Isegoria*, núm 23, pp. 139-153.
- MATE, Reyes (2003), “Auschwitz acontecimiento fundante del pensar en Europa (o puede Europa pensar de espaldas a Auschwitz)”, *1a Conferencia del III Seminario de Filosofía de la Fundación Juan March*, 7 abril 2003.
- MATE Reyes (2003), *Memoria de Aushchwitz*, Trotta, Madrid.
- MATE, Reyes (2006), “Memoria e historia: Dos lectura del pasado”, *Letras libres*, núm. 53, pp. 44-48.
- MELICH, Joan-Carles (2000), “El fin de lo humano. ¿Cómo educar después del holocausto?”, *Enrahonar*, núm 31, pp. 81-94.
- MORALES MOYA, Antonio (1992), “Historia y postmodernidad”, *Ayer*, núm 6, pp. 15-38.
- PEREZ DE LA FUENTE, Oscar (2006), “Algunas ideas para la virtud cosmopolita”, *Derechos y Libertades*, núm. 15, núm. 65-100.
- RICOEUR, Paul (1996), *Tiempo y narración III: El tiempo narrado*, Siglo XXI, México,
- RUNDLE, Kristen (2009), “The impossibility o fan exterminatory legality: Law and the Holocaust”, *University of Toronto Law Journal*, núm 39, pp. 65-125.
- SUAREZ ESPINO, Maria Lidia (2008), “Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio”, *InDret*, núm 2/2008, pp. 1-12.
- TAJADURA TEJADA, Javier (2008), “Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 80, pp. 233-255.
- TARUFFO, Michelle (2002), “Consideraciones sobre prueba y verdad”, *Derechos y Libertades*, núm. 11, pp. 99-126.

- WAHNON, Sultana (2004), “¿Modernidad o totalitarismo? Dos visiones de Auschwitz”, *Anthropos*, núm. 203, pp. 49-68.
- VIDAL JIMENEZ, Rafael (1999), “La historia y la postmodernidad”, *Espacio, tiempo y forma*. Serie V, Historia contemporánea, núm. 12, pp. 11-44.
- VIDAL-NAQUET (1991), *Le juifs, la mémoire et le présent*, La Découverte.